*DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA,*
DE

# FIDEICOMMISSO FAMILIÆ COGNATICO,

*QUAM,*
AUSPICIIS
*ACADEMIÆ RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI, SERENISSIMI PRINCIPIS AC DOMINI,*

# DN. FRIDERICI,

HASSIÆ LANDGRAVII, RELIQ.
*AUTORITATE ET DECRETO*
INCLYTI JURISCONSULTORUM ORDINIS
IN ILLUSTRI ACADEMIA MARBURGENSI,

## *PRO GRADU DOCTORIS*

SUMMISQUE IN UTROQUE JURE HONORIBUS
ET PRIVILEGIIS RITE OBTINENDIS,
*MAGNIFICI SENATUS ACADEMICI EXAMINI PUBLICO*
*SUBMITTIT*
DIE XXVI. NOV. ANNO MDCCXXXIX.


## JOH. CHRISTOPH. RUPRECHT,

MOENO - FRANCOFVRTENSIS.


---


*MARBURGI CATTORUM,*
TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI, ACAD. TYPOGR.








VIRIS,

*ILLUSTRIBUS, GENEROSISSIMIS, CONSULTISSIMIS*

INCLYTÆ REIPUBLICÆ MOENO-FRANCOFURT.

PROCERIBUS

*SPECTATISSIMIS,*

PRÆTORI,

CONSULIBUS,

SCABINIS,

SYNDICIS,

SENATORIBUS,

# PATRONIS SUIS
## *OMNI HONORIS CULTU VENERANDIS,*

SUBMISSO ANIMO
MENTISQUE VENERABUNDÆ
HUMILLIMA DECLARATIONE

DEDICAT ATQUE OFFERT

*Cliens ac Cultor humillimus*
JOH. CHRISTOPH. RUPRECHT.



# DE
# FIDEICOMMISSO FAMILIÆ COGNATICO.

§. I.

F*ideicommissum familiæ* vocatur, quod ad conservationem familiæ constitutum.

§. II.

Familia stricte agnationem, in sensu generali autem, prout bene annotavit Lynckerus (a) sanguinem denotat, per quem descendentes tam masculini quam fœminini sexus intelligi, vel inde solum patet, quando in Germania Nobilitas Sanguinis esse dicitur.

§. III.

*Fideicommissum Familiæ agnaticum* dicitur, quod ad Agnationis conservationem in splendore constitutum. De eodem singulari industria scripsit Textor in Disput. XXVI. de Fideicommisso stirpis masculinæ.

A §. IV.

(a) Decis. 1191.

§. IV.

*Fideicommissum Familiæ cognaticum* dicitur, quod ad utriusque sexus a fidei committentibus descendentium conservationem in splendore constitutum. Fideicommissum hoc contradictionem involvere videtur, cum Familiæ per fœminas non conserventur, dum e familia exeunt. Illud vero ita saltem videtur, si stricto significatui vocabuli Familiæ inhæreas, non attento generali §. 3. determinato. Negandum tamen non est, Fideicommissum cognaticum esse improprium, sicut enim feuda, ita & Fideicommissa familiæ, irregularia seu impropria sunt, ubi fœminæ cum masculis succedunt, quemadmodum egregie inculcavit Illustriss. COMES de OETTING. (*b*).

§. V.

Quoties itaque interest, non solam Agnationem sed utriusque sexus descendentes in splendore Familiæ suæ conservari, toties Fideicommisso Familiæ cognatico locus est.

§. VI.

*Si filiæ in aliqua familia non excludantur a successione, & familia in splendore conservetur, Fideicommisso Familiæ cognatico opus est.* Si enim filiæ a Successione in familia aliqua non excluduntur, bona extra eandem in alias transferunt, sicque subtractis bonis detrahitur tandem splendori Familiæ e qua exeunt. Quodsi itaque is conservetur, necesse est ut non nisi sub nexu Fideicommissi, bona in alias transferant familias. Quo casu cum Fideicommissum utriusque sexus descendentium con-

(*b*) In diatriba de fideicommissis C. 3. §. 5.

conſervationi in ſplendore Familiæ inſerviat; idem cognaticum eſſe patet (§. 4.).

§. VII.

*Si plures Familiæ per mutua connubia ſe invicem in ſplendore conſervent, Fideicommiſſo Familiæ cognatico opus eſt.* Si enim plures Familiæ per mutua conjugia ſe invicem conſervent in ſplendore, neceſſe eſt, ut filiæ multum in alienas familias transferant; conſequenter a ſucceſſione in bona parentum ſuorum non excludantur. Cum tamen ſimul Familia e qua exeunt in ſplendore conſervetur, ſique filiæ in aliqua Familia a ſucceſſione non excludantur, attamen familia in ſplendore conſervetur, Fideicommiſſo Familiæ cognatico opus ſit (§. 6.); evidens eſt quod eodem quoque opus ſit; ſi plures familiæ per mutua conjugia ſe invicem in ſplendore conſervent. Tunc nimirum filiæ bona ſufficientia maritis afferunt, ſed ſub nexu Fideicommiſſi, qui eo inſervit, ut bona ei Familiæ, cui ratione perceptionis fructuum ſubtrahuntur, ſimul conſerventur. Sique filiarum non niſi intra iſtas familias unitas permittuntur connubia, quod uni familiæ ratione perceptionis fructuum decreſcit, eidem ex aliis rurſus accreſcit.

§. VIII.

At vero ſi plurium Familiarum communiter intereſt, ut facultates ſuas ſplendoremque ſingulæ conſervent, id obtineri nequit niſi per mutua filiarum in ſe invicem connubia, nec filiæ a ſucceſſione excluduntur; Maxime itaque eo caſu Fideicommiſſo Familiæ cognatico opus eſt.

§. IX.

*Cuilibet qui dominus rerum eſt quas relinquit,*

 *eaſdem*

*easdem fideicommisso familiæ cognatico afficere licet.* Quoniam enim vi dominii libera alicui de rebus suis disponendi competit facultas, hinc eas alienæ Familiæ conservandæ, multo magis itaque propriæ destinare potest. Cumque adeo libere agat, ipsius arbitrio relictum est, an bona solius agnationis, an vero utriusque sexus descendentium conservationi destinare velit. Ad hanc vero cum per modum medii sese habet Fideicommmissum Familiæ cognaticum (§. 4.), dubio caret, quin cuique qui dominus rerum est quas relinquit, easdem Fideicommisso Familiæ afficere liceat.

§. X.

Omnibus igitur sive sint masculi, sive fœminæ, sive personæ illustres ut Principes, Comites, & Dynastæ sive Nobiles, tam mediati quam immediati, imo ignobiles, Fideicommissa Familiæ cognatica constituere licet. Quamvis nimirum præ aliis Regio claro & Nobili sanguine nati Familiæ suæ conservationem appetant, naturaliter tamen quamcunque personam desiderare honorem & augmentum sui status familiæ & agnationis etiamsi ignobilis, villanus & infimæ conditionis homuncio sit, bene jam annotavit KNIPSCHILD C. 3. n. 32.

§. XI.

Præsertim autem Patriciorum interest, Fideicommissa Familiæ constituere, eorum enim media se conservandi potissimum sunt reditus illorum ex allodiis, a quibus fœminæ commode excludi nequeunt: ita enim Reformatio Politica de A. 1530. Tit. XI. §. 1. Nachdem in Städten gemeiniglich dreyerley Bürger und Einwohner sind: als gemeine Bürger und Handwercker, Kauf- und Gewerbs-Leute, und andere so im Rath

**Rath von Geschlechten oder sonst ehrlichen Herkommens, und ihrer Zins und Renthen sich ernähren /** quod confirmat LEHMANN Chron. Spir. L. 4. c. 14. p. 318. seqq. **Die Frey-Bürger welche alle Adels und Rittermäsige Leut gewesen, haben allein vom Feld- und Wein-Bau, von Sold und Verehrung, damit Sie im Krieg von Kaysern und Königen belehnt und begabt, und von ihren Renthen und Zinsen gelebt.** Quamobrem quoque se invicem per mutua conjugia conservare tenentur, quod apud Nobiles rure habitantes necesse non est, cum filias a successione excludant. Omnium namque interest, singularum facultates conservari, utpote a quibus totius Patriciatus dependet splendor. Quod enim KNIPSCHILD (*c*) observavit, quod Doctor est sine Lege, Pastor sine Grege, Comes sine Comitatu, Eques sine equo, Episcopus sine Episcopatu, Abbas Titularis in ordine S. Benedicti, Canonicus sine Præbenda, Cardinales Ravennæ, Rex Schachorum, Imperator Græcorum, id Nobiles esse sine opibus, hoc est nullatenses, & equites in herba, multo magis de Patriciis valet, qui sicut jam DRACO (*d*) ait, non parum auctoritatis accipiunt a facultatibus & divitiis maxime inveteratis, & ut CASSIODORUS loquitur per genus ductis. Ast vero sub hisce determinationibus Fideicommisso Familiæ cognatico locum esse, ex superioribus elucet.

## §. XII.

*Fideicommissum Familiæ cognaticum tam in mobilibus quam in immobilibus constitui potest.* Quoniam enim

A 3

(*c*) de Fideicom. Fam. c. 7. n. 31.
(*d*) de Orig. & Jure Patriciorum, c. 7. n. 15. p. 298.

nim conſtituitur vi liberæ de rebus & bonis ſuis diſponendi facultatis, in tota hereditate conſtitui poteſt. Hæreditatis enim nomine veniunt res univerſæ, tam corporales quam incorporales, mobiles & immobiles. Fideicommiſſum Familiæ itaque tam in rebus mobilibus quam immobilibus conſtitui poteſt. In rebus mobilibus quidem & quæ eis annumerantur, per ſe & principaliter Fideicommiſſa conſtitui non ſolent, in conſequentiam tamen rerum immobilium, id fieri poſſe inde merito inferunt ALTORFFINI, (*e*) quia acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis; multa enim in conſequentiam tranſeunt, quæ per ſe & principaliter non veniunt vel ſubſiſtunt. (*f*).

§. XIII.

*Fideicommiſſum Familiæ cognaticum Teſtamento conſtitui poteſt.* In Teſtamento enim teſtator de omni eo, quod ab ipſius arbitrio dependet, diſponit. Cumque adeo id omne, quod ab ipſius arbitrio dependet, deſcendentibus ſuis ſub nexu Fideicommiſſi relinquere poſſit: nil obſtat quo minus Teſtamento Fideicommiſſum Familiæ cognaticum conſtituat. Imo proprie non niſi ultima voluntate conſtitui poteſt, cum juxta STRYCKIUM (*g*). Fideicommiſſa in genere, proprie non inter vivos, ſed in ultimarum voluntatum figuris conſtituantur, nec eorum nomen mereantur eæ conventiones, quibus inter vivos nonnunquam id agitur, ut res ad tempus conceſſa poſt illud transferatur in alium.

§. XIV.

(*e*) Conſilia Altorff. T. I. Conſ. 8. n. 42. (*f*) Knipſchild C. 5. n. 10. (*g*) de Succeſſione ab inteſtato Diſſ. 7. c. 1. §. 6.

§. XIV.

*Fideicommissa Familiæ cognatica, interpretatione restringenda non sunt, sed potius adjuvanda seu extendenda* (*h*). Sunt enim iis quibus injuncta, honori & commodo potius quam oneri, adeoque odiosa non dicenda, sed magis favorabilia, consequenter magis extendenda quam restringenda: & quidem eo magis, quando in testamento constituta, cum circa ea nullum suboriatur dubium, quemadmodum circa conventionalia Fideicommissa. In genere quoque Testamenta citius extensionem admittere quam negotia inter vivos, annotarunt MARBURGENSES (*i*): quodque in Fideicommisso conventionali in specie strictior fiat interpretatio, secus in eo, quod testamento constitutum, inprimis docent HOFMANNUS ibique allegati DOCTORES (*k*).

§. XV.

*Si testamento quis propriæ suæ familiæ Fideicommissum Familiæ cognaticum constituit, testamentum illud parentum inter liberos est.* Singulos enim suos descendentes hæredes instituit (§. 4.), iisdemque saltem portionum suarum injungit restitutionem; quale testamentum parentum inter liberos esse, dubium non est (*l*).

§. XVI.

Quare cum testamentum parentum inter liberos Testamentum privilegiatum sit, ita ut absque illis solenni-

(*h*) Conf. Stryck de jure Successorum in revoc. bon. f. m. §. 13. p. 18. Horn Class. 7. Resp. 12. & 27. Tabor. Consult. 40. n. 4. Comes de Oetting. C. 3. §. 4. nota *

(*i*) 2. Consilio 25. n. 31. (*k*) Consiliorum 11. L. 3. Conf. 34. n. 6. & 7. Tom. 2. p. 814. (*l*) Struv in Jurispr. For. L. 2. T. 16. §. 7.

lennitatibus, per nudam parentum voluntatem, quoquo modo probari possit, etiam absque omni teste subsistat, *Fideicommissum cognaticum propriæ Familiæ constitutum subsistit, etsi solennia Juris in Testamento ordinando observata non fuerint.* Alias quidem nec Fideicommissa præstari debent nisi ex Testamento, in quo omnes solennitates fuerunt observatæ, quod & WILDVOGEL (*m*) monet. Secus tamen hæc se habere in Testamento parentum inter liberos, jam KNIPSCHILD(*n*) animadvertit, quod magis in præsenti obtinet ubi testamentum tale publicum favorem concernit.

§. XVII.

*Quodsi in Testamento Fideicommissum Familiæ cognaticum constitutum, necesse est, ut Testator masculos & fœminas una oratione vel copulative in eodem vocaverit.* Si enim Fideicommissum Familiæ cognaticum in Testamento constitutum sit, fœminæ æqualiter vocatæ sint necesse est cum masculis. Si vero Testator masculos & fœminas eadem oratione vocavit, tunc fœminæ æqualiter cum masculis vocatæ censendæ ceu docet. FUSAR *de Fideic. Subst.* (*o*). Præterea de natura copulæ est, vocare & invitare omnes personas copulatas inter quas ponitur, ad id quod dispositum viriliter ac simul, & eodem tempore non ordine successivo ut ait HENNING GODEN (*p*). Utique igitur si in Testamento Fideicommissum Familiæ cognaticum constitutum sit, necesse est ut Testator masculos & fœminas una oratione vel copulative in eodem vocaverit. Sique de ejusmodi conjunctione constat, voluntas

(*m*) de Fideicom. Familiæ Nobil. convent. C. 1. §. 8. p. 9
(*n*) C. 6. n. 22. & 23. (*o*) Quæst. 379. n. 5, 6.
(*p*) Consil. 23. n. 2. p. 149.

luntas disponentium ex se perspicua, ideoque omnis de admisibilitate æquali fœminarum cum masculis disputatio supervacanea est (*q*), nam sola testatoris & disponentis voluntas in Fideicommissis valet & dominatur (*r*).

## §. XVIII.

*Si Testator prohibuit bona sua ad alios quam descendentes suos pervenire, Fideicommissum Familiæ tacitum constituit* (*s*). Si enim id prohibuit, ratio alia prohibitionis non fuit, quam ut descendentes ipsius in splendore Familiæ conserventur. Quare cum ex ea ratione Fideicommissum Familiæ cognaticum constituatur (§. 4.); illud ex facto hoc prohibitionis colligi potest, sicque tacite ab eodem constitutum. In genere ad Fideicommissa inducenda conjecturas urgentes locum habere, notum est ex MASCANDO (*t*), si scilicet ex illis enixum desiderium appareat, quemadmodum BRÜCKMANN (*u*), LYNCKER (*v*) & BRUNNEMANN (*x*) judicant.

## §. XIX.

*Fideicommissum Familiæ cognaticum, de casu ad casum, de persona ad personam extendi potest, si eadem subsit ratio* (*y*). Etenim Fideicommissum Familiæ cognaticum, stricte interpretandum non est, sed magis interpretatione adjuvandum (§. 14.), si vero eadem subest ratio, conservandæ Familiæ nempe,



nec

(*q*) conf. Harprecht de regressu ab bona ab illustr. præcip. filiab. renunciat. &c. c. 2. §. 4. p. 6. (*r*) L. 127. ff. de Legat. 1. L. 64. ff. de legat. 2. (*s*) Fusar c. l. Quæst. 277. n. 6. (*t*) De prob. Concl. 774. n. 4. (*u*) Q. 1. Conf. 34. n. 21. (*v*) D. 399. (*x*) c. 2. d. 74. n. 5. (*y*) conf. Lyncker D. 324.

nec de casu ad casum, de persona ad personam extenderetur, perinde esset ac si Fidejcommittentibus media finem suum consequendi subtraherentur, sicque Fideicommissum non adjuvaretur sed impediretur potius. Evidens igitur est quod extensio ista valeat. Causa Finalis alias etiam primum principium intentionis, nec non substantia dispositionis, regere ac gubernare dicitur dispositionem ipsam (*z*). Id vero maxime locum habet in causis Fideicommissariis (*aa*), adeo ut apud omnes expeditum sit, quod Fideicommissa semper regulentur & declarentur, itemque restringantur, & determinentur ex ratione quam Testator expressit, vel qua permotus fuit ad illa relinquenda (*bb*), atque talis ratio potius attendi debeat, quam verba expressa, quam conclusionem communem esse referunt JUL. CLARUS (*cc*) & BESOLDUS (*dd*). Et profecto si verba nudum desiderium denotantia apta sunt ad Fideicommissum inducendum (§. 18.), magis apta sunt ad illud extendendum. Inprimis vero monet Illustriss. Dn. COMES de OETTING. (*ee*) extensionem locum habere, si Testatoris dispositio alias foret elusoria.

§. XX.

*Si Testator voluit liberos suos, vel etiam filios, ad hæreditatem Familiæ restituendam teneri, omnibus descendentibus suis, nepotibus, pronepotibus, cæterisque*

(*z*) Hoffmann Conf. L. I. Conf. 20. n. 2. T. 1. p. 360.
(*aa*) Wesenbec. Conf. p. 2. Conf. 94. n. 16. p. 395.
(*bb*) Hoffmann Cit. Conf. 20. n. 3. (*cc*) III. §. Testam. Q. 76. n. 1. (*dd*) Conf. 6. n. 117. Conf. 8. n. 42. Conf. 11. n. 97. (*ee*) c. 3. §. 3. nota *

*que qui ex his descendunt, idem onus incumbit.* Liberorum enim appellatione, nepotes, pronepotes, cæterique qui ex his descendunt, continentur (*ff*), præsertim si & horum intereſt, quo caſu iidem etiam ſub nomine Filiorum comprehenduntur teſte FUSARIO (*gg*), æque ac tum hæredum nomine, hæredis hæredes veniunt (*hh*), præſertim in cauſa favorabili ex autoritate MANTICÆ (*ii*). Cum vero conſervationi omnium deſcendentium deſtinatum ſit Fideicommiſſum Familiæ cognaticum (§. 4.), tam nepotum quam pronepotum cæterorumque maxime intereſt; ideoque & omnibus onus reſtitutionis incumbit. Quæ adeo vera ſunt, ut JOANN. DILECT. (*kk*) putet, ſi Teſtator Nepotes ex ſubſtitutione ad reſtituendam Familiæ hæreditatem velit teneri, tutiſſimum remedium eſſe, ſi nomine liberorum utatur, quia liberorum appellatione Nepotes etiam continentur. Omnes ſane deſcendentes æque dilexiſſe cenſetur Teſtator & in illis quæſiviſſe diuturnitatis memoriam (*ll*), quod eo magis valet, ſi quos in una parte Teſtamenti vocavit **Kinder**, in alia nominat deſcendentes, vel quæ aliæ conjecturæ ex teſtamento deſumtæ hoc ſuadent, ut tradunt CEPHAL. (*mm*), BESOLD (*nn*). Sed & appellatione **der Kinder** in Fideicommiſſo venire **Kindes-Kinder** largitur expreſſe SANDE (*oo*). Imo Filiorum nomine non poſſe non contineri deſcendentes omnes, teſtantur ALBERICUS GENTILIS

B 2

(*ff*) L. 220. ff. de V. S. (*gg*) c. 1. Q. 319. n. 1.
(*hh*) L. 56 70. de V. S.
(*ii*) L. VIII. de Conject. ult. volunt Tit. 8. n. 12. 17.
(*kk*) de Arte teſtandi Tit. 5. (*ll*) L. 220. de V. S.
(*mm*) Conſ. 72. n. 9. (*nn*) P. 5. Conſ. 198. n. 11. & 12.
(*oo*) L. IV. T. V. def. XI.

filis, Goeddeus (*pp*), Ganvmma (*qq*), & Lyncker (*rr*), si nimirum Fideicommissi favor ad eos pertinere possit, ceu addit Lyncker (*ss*): cum in Fideicommissis affectio Testatoris quæ erga quoscunque descendentes æqualis esse solet potissimum spectanda sit, juxta Besoldvm (*tt*). Similiter Familiæ causa si factum sit Fideicommissum, appellationem Filiorum continere Nepotes, statuit Brvnnemann (*uu*), ne per subtilitatem nimiam defunctorum judicia defraudemus. Considerанda nimirum est intentio Testatoris, an perpetuitatem petierit, de hac si constat restitutio injuncta Filiis repetita esse censetur in sequentibus, ut recte conjicit Lyncker (*vv*), voluitque sane Fideicommissum instituens certarum personarum nominatione id tantum significare, provisionem in uno casu factam, etiam in similibus locum habere (*xx*). Hinc Besold ait (*yy*): quod rei objiciunt, illum ultimum articulum ad liberos neptum limitatum esse non obstat. Nam cum dictum speciale, & ratio generalis est, ea ratio & dispositio per dictum speciale non restringitur, sed generaliter ad omnes porrigitur, etiam personas non expressas, &c. Aliter sic quoque veritas apparet. Si Fideicommittentes interrogati fuissent, quis eum in eventum succederet in Fideicommisso, si pronepotes ipsorum sine liberis decesserint, pro Familia ceu magis dilecta utique responsuri fuis-

(*pp*) ad L. 220. de V. S. (*qq*) Decis. 160. n. 8.
(*rr*) Decis. 515. (*ss*) Volum. 2. R. 110. n. 21.
(*tt*) Cons. Tubing. 7. n. 55. (*uu*) Cent. 2. Dec. 74. n. 6. (*vv*) Dec. 515. & V. 1. R. 173. n. 26. (*xx*) vid. Illustr. Dn. Comes de Oetting. c. 3. §. 3. (*yy*) c. l. XI. n. 91.

fuissent: nam in contentione hæredis extranei cum Familia Testatoris, hæc videtur magis dilecta (zz). At vero illud dispositum esse censetur, de quo si fuisset interrogatus Testator, licet expressum in Testamento non foret tamen respondisset se ita disponere voluisse (a). Ergo ex intentione Testatoris dispositio Fideicommissariæ in Pronepotibus demum effectum sortitur.

§. XXI.

*Si Testator Nepotes suos voluit ad restituendam hæreditatem Familiæ teneri, iidem vero relictis liberis decesserunt, dispositio Fideicommissaria in Pronepotibus demum effectum sortitur, si iidem sine liberis decesserint.* Quoniam enim ob validissimam conjecturam, qua Testator descendenti plus favere creditur quam extraneo, substitutiones Fideicommissariæ tacitam clausulam, si sine liberis decesserit, in se continent (b); dispositio Fideicommissaria in Nepotibus, relictis liberis mortuis, effectum sortiri non potuit. Ergo necessario in gradu proximo nepotum demum effectum sortitur, si sine liberis decesserint, & sic ulterius. Porro si Testator Nepotes suos voluit ad restituendam hæreditatem Familiæ teneri, si sine liberis decesserint, ratio alia non fuit quam conservatio omnium descendentium ipsius. Eadem ratio non solum in Nepotibus verum etiam Pronepotibus atque ulterius subsistit. Quare cum Fideicommissum Familiæ cognaticum de persona ad personam extendi

 possit,

(zz) Lyncker V. 1. R. 89. n. 5. (a) L. 95. de Legat. 3. Dec. Consl. 227. Besold. P. 5. Consl. 245. n. 13.

(b) L. 102. ff. de condit. & demonstr. Brunn. ad L. 30. C. de Fideicommiss. n. 2. & 3. Wernher. P. 1. Obs. 39. n. 2. & 4. Vol. 1. p. 54.

possit, si eadem subsit ratio (§. 19.), evidens est, quod Fideimissum Familiæ cognaticum quo liberi & Nepotes tantum gravati, si sine liberis decesserint, etiam ad Pronepotes & ulterius extendendum sit. Conveniunt hæcce cum iis quæ tradit GOTHOFREDUS (*c*), quod nempe prius inspiciantur quæ senserit Testator, deinde quid verisimile, tum demum eo deficiente ad significationem verborum recurratur. In specie vero sententiæ, quod Fideicommissum ex verisimilitudine mentis Testatoris aliisque legitimis conjecturis extensionem ad personam, quæ sub verbis late sumtis comprehenditur, admittat, magni nominis DD. applaudunt KLOCK, COTHMANN aliique allegati ab Illustr. Dn. Comit. de OETTING. (*d*). Prorsus accommodate autem LYNCKERUS ait (*e*), in Fideicommisso in Nepotibus subsistendum non esse, quando in illis solis intentio Testatoris obtineri non potest.

§. XXII.

Cum itaque in hoc Fideicommisso ex identitate rationis valeat extensio (§. 14. §. 20.), quando autem in dispositione ratio expressa est, tunc non proprie extensio, sed comprehensio dicitur (*f*), *necesse non est, ut in ipsa dispositione Fideicommissaria ratio sit expressa, sed sufficit eandem inde colligi posse.*

§. XXIII.

*Si Fideicommissum Familiæ cognaticum constitutum, Novellæ 159. c. 2. & 3. locus non est.* Quoniam enim Fideicommissum Familiæ cognaticum, ad conservationem omnium descendentium constitutum (§. 4.), mens

(*c*) ad L. 69. de Legat. 3. Lit. p.
(*d*) c. 3. §. 3. (*e*) Vol. 1. R. 173. n. 3. (*f*) Conf. Knipschild de Fideic. Fam. Nob. c. 7. n. 108. 109. 110.

mens Testatoris est, ut duret quamdiu descendentes supersunt. Sed vero juxta Nov. 159. c. 2. & 3. Fideicommissum Familiæ ultra quartum gradum non extenditur, modo ex dispositione Fideicommittentis non alia mens manifeste appareat. Unde evidens est dictæ Novellæ hic locum non esse. B. Dno. de BERGER quidem periculosum visum in judicando ab hac Novella recedere (*g*), ad minimum putat (*h*) eum solum casum excipiendum esse, cum Testator conceptis verbis ejusmodi Fideicommissum prorogavit in infinitum auf ewig. At tam arctos limites silente lege constituere vix licere melius existimat Per-Illustris Dn. de WERNHER, ratus æquipollentia etiam sufficere verba, quibus enixam voluntatem suam Testator liquido expressit, adeo ut successio in Fideicommisso Familiæ in infinitum locum habeat, quando de hac Testatoris voluntate liquido constat (*i*). Et quod magis est, idem alibi DN. DE BERGER sibi contrarius aperte statuit (*k*). Atque hanc Novellæ interpretationem SANDIO quoque (*l*) & LYNCKERO (*m*) approbatam, universalis & quotidiana quoad Fideicommissa Familiæ Praxis Imperii confirmat, longeque mitior est quam illa RITTERSHUSII sententia, qua nodum secat non solvit, existimans Novellam hanc ex eorum numero esse, quas TRIBONIANUS, homo avarissimus, pecunia corruptus de industria composuerit obscure, & ambi-

(*g*) Consil. 426. p. 418. (*h*) p. 425. (*i*) in Selectis. obs. For. p. 8. obs. 256. Vol. 5. p. 472. (*k*) Consil. 424. p. 416. (*l*) L. IV. Tit. V. def. IV. (*m*) Decis. 515. & in Expos. Nov. p. 14.

ambigue (*n*). Alia de TRIBONIANO nos ſentire jubet Viri Clariſſ. Joh. WYBONIS Tribonianus, ab Emblematibus WISSENBACHII liberatus. Sique dicendum quod res eſt, jam dura videtur opinio communis DD. Scholæ, Novellam hanc prorſus non in Germania in obſervantiam deductam eſſe, quam etiam amplectitur STRYCKIUS (*o*).

## §. XXIV.

*Si Fideicommiſſum Familiæ cognaticum conſtitutum, omnes a Fideicommittentibus deſcendentes ſibi mutuo ſubſtituti ſunt.* Fideicommiſſum enim Familiæ cognaticum ad deſcendentium ſuorum conſervationem Fideicommittentes conſtituere (§.4.), ſicque voluerunt bona ſua integra permanere penes deſcendentes ſuos. Sed hoc fieri nequit niſi per ſucceſſionem perpetuam & ſubſtitutionem omnium ab ipſis deſcendentium. Ergo verum eſt, ſi Fideicommiſſum Familiæ cognaticum conſtitutum, omnes a Fideicommittentibus deſcendentes ſibi mutuo ſubſtitutos eſſe (*p*).

## §. XXV.

*Si Fideicommiſſum Familiæ cognaticum conſtitutum, omnes a Fideicommittentibus deſcendentes ex ſola Teſtatoris voluntate in eodem ſuccedunt* (*q*). Si enim Fideicommiſſum Familiæ cognaticum conſtitutum, pro ſuo arbitrio diſpoſuere Fideicommittentes (§.9.), conſequen-

(*n*) ad Nov. Part. 6. c. 13. n. 3. p. 368. (*o*) de Succeſſione ab inteſtato Diſſ. 7. c. 3. §. 41. (*p*) Stryck c. l. §. 38. & 39. (*q*) Sande in Comment. ad Conſuet. Feud. Geldr. Tit. 3. C. 2. 4. 3. n. 9. Hoffm. Conſ. L. 3. Conſ. 18. p. 514.

ſequenter nemo ad idem vocatus, quam quem voluerunt, ſicque omnes ex voluntate eorum in eodem ſuccedunt.

§. XXVI.

Quoniam itaque voluntas Teſtatoris pro lege habenda, ſi caſus reſtituendi Fideicommiſſi exiſtit, *ipſo jure proxime ſequenti hæreditas reſtituenda eſt.*

§. XXVII.

*Quilibet* itaque *deſcendentium eodem momento, quo conditio exiſtit, vel dies venit, jus conſequitur a Teſtatore, & ſecundum illius voluntatem, & ſublato de medio præcedente ſucceſſore, ſequens non ex jure per illum ad ſe tranſmiſſo, ſed ex perſona propria Teſtatoris ſuccedit* (*r*).

§. XXVIII.

Licet itaque, dum vivit poſſeſſor, dominus dicatur, & alienare poſſit, *infringitur* tamen *alienatio tempore mortis, cum venit caſus Fideicommiſſi, ab initio quaſi celebrata non fuerit* (*s*).

§. XXIX.

*Multo minus* igitur *Teſtamenti factio permiſſa eſt deſcendentibus de bonis Fideicommiſſo Familiæ cognatico affectis.*

§. XXX.

Sique omnis ex Fideicommittentibus deſcendens in Fideicommiſſo Familiæ cognatico ex voluntate ipſorum ſuccedit (§. 25.), ſupervacua eſt inſtitutio proxime ſequentis in Familia. Adeoque *in Fideicommiſſo Familiæ*

C

(*r*) Conf. Sande c. l. n. 8. (*s*) Conf. Bœhmer Conſult. & Deciſ. T. 1. p. 2. Conf. 87. n. 34.

*miliæ cognatico Testamenti factio inhibita, ut ejusdem Possessor, nec proxime sequentem in Familia, in bonis Fideicommisso subjectis, hæredem instituere possit* (*t*).

§. XXXI.

*Si bona Fideicommisso cognatico affecta alienata & casus restituendi venit, proxime sequentibus in Familia præscriptio non obstat.* Eo enim casu alienatio ab initio in irritum revocatur (§. 28.), quod vero alienabile non est, nec præscriptibile est, sicque nec præscriptio contra proxime sequentem in Familia procedit. Aliter sic quoque patet. Eo momento demum quo casus restituendi venit, ac sublato de medio præcedente proxime sequentes instituti sunt (§. 27.), consequenter tum demum agere possunt. Agere vero non valenti nulla currit præscriptio. Ergo nec currit proxime in Familia sequentibus, si præcedentes bona Fideicommisso Familiæ cognatico affecta alienarunt (*u*).

§. XXXII.

*Si Fideicommissum Familiæ cognaticum constitutum, renunciatio parentum non præjudicat liberis.* Quoniam enim liberi ex voluntate Fideicommittentium succedunt (§. 25.), igitur jure proprio nec a parentibus transmisso succedunt (§. 26.) sicque juri alterius renunciatum. Quisque vero juri suo, nequaquam juri alterius renunciare potest. Ergo renunciatio parentum liberis in Familia proxime sequentibus non præjudicat. Aliter ita quoque probatur. Parentibus non competit potestas Fideicommissum tale alienandi: Cui non competit potestas alienandi, illi nec competit pote-

(*t*) Hoffmann c. l. (*u*) Bœhmer c. l. n. 15.

poteſtas renunciandi: quia in renunciatione unus remittit, alter acquirit (*v*). Ergo nec parentum renunciatio Fideicommiſſo Familiæ cognatico facta, liberis præjudicare poteſt. Sane incivile & injuſtum hoc quoque eſſet, ſi renunciatio Parentum liberis præjudicare deberet, quemadmodum in genere tertio jus ſuum adimere velle incivile & injuſtum dicit ADAM HENRICUS POLLMANN (*x*): cum Fideicommiſſum Familiæ in commodum omnium, qui ſunt de Familia, conſtitutum ſit. Tale quoque jus quod tam in meum quam in alterius commodum & favorem introductum irrenunciabile judicant GAILIUS (*y*) & DALNERUS (*z*). Quodque renunciatio Patris in Fideicommiſſo Familiæ in genere Filio non obſtet, expreſſe docet BRUNNEMANN (*aa*). Non nihil difficultatis equidem videtur continere, ſi perſona quæ renunciavit cauſa eſt, ſine qua tertio jus non competiiſſet, dum enim facere poteſt ne jus competat, videtur etiam jus, quod facto ejus extat, auferre poſſe: Verum laborare illationem, rectiſſime judicat POLLMANN (*bb*). Factum quidem, inquit, intermittere poteſt, ſed dum non intermittit, impedire quo minus leges, ex hoc facto tertio jus tribuentes vim ſuam exſerant, non poteſt, conſequenter jus ex lege, licet occaſione facti quæſitum, neque auferre.

C 2 §. XXXIII.

(*v*) Conf. Stryck de cautelis contr. ſect. 1. c. 5. §. 4. Berger in Diſſ. de renunc. Jur. §. 6. (*x*) In diſſert. inaug. ſub rubro Renuncians jure ſuo ſe privans §. 13. p. 17. (*y*) L. 1. Obſ. 40. n. 10. (*z*) de var. jur. renunc. c. 13. n. 1. (*aa*) Cent. 2. d. 74. n. 11. (*bb*) cit. Diſſ. §. 13. p. 17.

## §. XXXIII.

*Si casus restituendi Fideicommissum Familiæ cognaticum venit, & bona alienata sunt, proxime in Familia sequens Rei vindicatione uti potest* (*cc*). Si enim casus restituendi Fideicommissum Familiæ cognaticum venit, & bona alienata sunt, perinde est ac si contra prohibitionem legis alienatio facta fuisset: cum voluntas Testatoris pro lege habeatur. Alienatione autem contra prohibitionem legis facta, ob resistentiam legis Dominium transferri nequit. Ergo idem ipso jure proxime in Familia sequens habet. At vero ex Dominio oritur Rei vindicatio. Hinc si casus restituendi Fideicommissum Familiæ cognaticum venit, & bona alienata sunt, proxime in Familia sequens Rei vindicatione uti potest. Egregie hic KNIPSCHILD (*dd*): quodsi quis onere Fideicommissi gravatus est, ad alienationem ejus prosiliit, sciat, quod conditione impleta, h. e. existente, ab initio causa in irritum revocetur, & sic intelligenda sit, quasi nec scripta sit, nec penitus celebrata, ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra Fideicommissarium procedat. In his itaque casibus Fideicommissario omnis licentia pateat, rem vindicandi, & sibi assignandi nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo l. fin. §. 3. C. *Commun. de Leg.*

## §. XXXIV.

*Si casus restituendi Fideicommissum Familiæ cognaticum venit, proxime sequentes in Familia actione Publicia-*

(*cc*) Conf. Stryk. de jure success. in revoc. bon. fam. §. 28. p. 38. & Bœhmer Consult. & Dec. T. 1. p. 2. cons. c. 1. n. 15. (*dd*) c. l. c. 13. n. 62. 83.

*bliciana*, & *Hæreditatis Petitione uti possunt.* Si enim casus ille existit, ipso jure per legem proxime sequenti restituitur Hæreditas (§. 27.). Perinde vero est, sive verbis Fiduciarii, sive ipso jure per legem restituatur Hæreditas Fideicommissario (*ee*). At is cui ex SCto Trebelliano Hæreditas restituta est, etiamsi Possessionem nactus non fuerit, uti potest Publiciana (*ff*), & Hæreditatis Petitione (*gg*). Ergo si casus restituendi Fideicommissum Familiæ cognaticum existit, proxime sequens in Familia actione Publiciana, & Hæreditatis Petitione uti potest. Regulariter equidem in Publiciana requiritur, ut possessio rei per Fideicommissarium apprehensa, posteaque amissa fuerit (*hh*), at aliæ causæ, ex quibus alias ipso jure absque traditione transfertur & acquiritur Dominium, non excluduntur (*ii*). Ita enim GERARD NOODT: Prætor Edicti verbis exprimit acquirendi Dominii modos duntaxat duos, traditionem & usucapionem, idcirco, quod in emtione, quam solam attingit causam, dominium fere traditione aut usucapione transfertur. Cæterum reliquos acquirendi dominii modos, qui extra traditionem sunt, non excludit (*kk*). Quodque attinet hæreditatis petitionem, Fideicommissariam eadem recipit, quæ hereditatis petitio civilis l. 2.

C 3 ff.

(*ee*) Muller ad Struv. Exerc. 10. thes. 81. lit. IX.

(*ff*) L. 12. §. 1. ff. de publ. in rem act. (*gg*) Knipschild. c. 3. n. 60. (*hh*) Stryck. de success. ab instit. Diss. 7. c. 4. §. 25. (*ii*) l. 1. §. 2. l. 2. l. 3. ff. de publ. in rem act. Struv. Syntagm. Jur. Ex II. th. 43. ibique Muller.

(*kk*) in Comment. ad Tit. ff. de public. in rem act. T. 2. opusc. p. 165.

ff. *de Fideic. hered. pet.* illisque datur, quibus per Fideicommissum hereditas est restituta, adeoque prouniversali Fideicommisso consequendo regulariter competit, & sic datur adversus eos, qui pro herede vel possessore possident (*ll*), etsi alias contra tertium possessorem, qui cum titulo possidet, locum non habeat per l. 25. §. 1. ff. de hered. petit, attamen eo casu, quo in Testamento expressa alienationis factæ continetur prohibitio, etiam contra possidentem titulo datur (*mm*).

## §. XXXV.

*Si casus restituendi Fideicommissum Familiæ cognaticum existit, Rei Vindicatio, Actio Publiciana, & Hereditatis Petitio, in eodem libello proxime in Familia sequentis cumulari possunt.* Agens enim Petitione Hæreditatis actionem deducit, quæ cum jure Dominii vel quasi congruit. Sicque hæ tres actiones sibi non mutuo contrariantur, sed potius opitulantur. Actiones vero sibi mutuo non contrariæ in eodem libello cumulari possunt. Ergo etiam tres dictæ (*nn*).

## §. XXXVI.

*Si is, qui Fideicommissum possidet, titulum possessionis velut Testamenti pro se habet, consultius abstinetur a remediis possessoriis.* Si enim is, qui Fideicommissum possidet, titulum possessionis velut Testamenti pro se habet, legitimus contradictor est. Ubi vero legitimus contradictor, ibi causa contradictionis ante immissionem ventilari debet L. ult. C. de Edict. D. Hadr. tollend. (*oo*).

(*ll*) Knipschild. c. l. c. 13. n. 6. (*mm*) Stryck de Success. ab intest. Diss. 7. c. 4. §. 12. in fin.

(*nn*) Conf. Stryck in success. ab intest. D. 7. c. 4. 4. 15.

(*oo*). Quæ ventilatio cum remoram objiciat; consultius est abstinere remediis possessorii. Alias quidem qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto nancisci possit possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere L. 24. ff. de R. V. præsertim autem hic loci interdicto quorum bonorum locus esse videtur, utpote quod cuique vero in hereditate successori competit, adeoque Fideicommissario universali etiam concedendum (*pp*), nec minus remedii ex l. fin. C. de Edict. D. Hadr. tollendo usus hic videtur: hoc enim beneficium etiam Fideicommissario universali competit, postquam ipsi verbaliter est restituta hereditas, & secundum illud petere potest, ut per publicas personas mittatur in possessionem rerum hereditariarum, omissa omni quæstione, an Testamentum verum vel falsum? an jure valeat vel non? Rejiciuntur enim omnes exceptiones altiorem indaginem requirentes. (*qq*). Sed hisce non obstantibus ob rationem allatam tutius quisque judicaverit, remediis petitoriis sub data hypothesi uti, quam possessoriis, imo si possessores Testamenta nullo vitio visibili laborantia pro se habent ex ipso remedio ex L. ult. C. de *Edict. D. Hadr. tollend.* ex adverso uti haud cessabunt: quod vero interdictum quorum bonorum in specie attinet, cum in isto plenis probationibus non secus ac in proprietate seu petitione hereditatis probanda opus sit, nec ejus pinguia speranda sunt com-

(*oo*) Stryck de Act. investig. & caut. elig. sect. 2. memb. 3. §. 13. (*pp*) Stryck de success. ab intest. D. 7. c. 4. §. 27. Knipschild de Fid. c. 13. n. 88. (*qq*) Brunn. ad Tit. C. de Edict. D. Hadr. toll. n. 12. 13. 14.

commoda (*rr*). Cæterum quoniam hodie nulla amplius in libello fit nominatio actionis, in id inprimis incumbendum, ut dispositio Fideicommissaria stabiliatur, & ostendatur vi ejusdem bona alienata ipso jure in petitorem, contra expressam prohibitionem alienationis autem extra familiam, translata fuisse, juncto petito remediis supra allegatis, præsertim vero petitionis hereditatis Fideicommissariæ conformi.

§. XXXVII.

Atque hæc in præsenti de Fideicommisso Familiæ cognatico sufficiant. Id vero adhuc superest ut moneam, mixtum interdum esse illud Fideicommissum, quale occurrit apud Per-Illustrem Dn. de LUDOLPH (*ss*): *neque enim absurdum est*, ait ibi Referens, *quod idem Fideicommissum in aliquo gradu sit agnatitium* (prout *hic quoad Lineam fratris Testatoris descendentibus suis substitutam, in qua Linea soli filii vel masculi vocati*) *in aliis vero gradibus regulare, ad omnes descendentes sine discrimine Sexus pertinens.*

(*rr*) Stryck de success. ab intest. Diss. 7. c. 4. §. 19. ibiq. alleg. Dd. (*ss*) Symphor. T. II. V. I. f. 159.

